



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 023-2019-TSC/OSIPTEL

- EXPEDIENTE** : 001-2018-CCP-ST/LC-CD (Cuaderno Cautelar)
- ADMINISTRADOS** : Asociación Peruana de Televisión por Cable
Compañía Latinoamericana de
Radiodifusión S.A.
Directv Perú S.R.L.
- MATERIA** : Libre Competencia
Medida cautelar
- APELACIÓN** : Resolución N° 028-2019-CCP/OSIPTEL
Resolución N° 032-2019-CCP/OSIPTEL

SUMILLA: *REVOCAR la Resolución N° 028-2019-CCP/OSIPTEL del 5 de julio de 2019 y, en consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la Resolución N° 032-2019-CCP/OSIPTEL del 17 de julio de 2019, emitidas por el Cuerpo Colegiado Permanente, disponiendo el levantamiento de la medida cautelar ordenada contra Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.*

Lima, 5 de noviembre de 2019

VISTOS:

- (i) El Expediente N° 001-2018-CCP-ST/LC-CD (Cuaderno Cautelar)
- (ii) Los recursos de apelación del 19 de julio de 2019 y del 31 de julio de 2019, presentados por Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. (en adelante, LATINA) contra la Resolución N° 028-2019-CCP/OSIPTEL del 5 de julio de 2019 (en adelante, la Resolución Impugnada), emitida por el Cuerpo Colegiado Permanente (en adelante, CCP), y contra la Resolución N° 032-2019-CCP/OSIPTEL del 17 de julio de 2019 (en adelante, la Resolución Aclaratoria), respectivamente; y los escritos posteriores.
- (iii) El escrito presentado por Asociación Peruana de Televisión por Cable (en adelante, la APTC) el 3 de setiembre de 2019, solicitando la nulidad de la Resolución Aclaratoria; y el escrito del 17 de octubre de 2019.
- (iv) El escrito de absolución del 5 de setiembre de 2019, presentado por Directv Perú S.R.L. (en adelante, DIRECTV).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 3 de abril de 2018, la APTC formuló una denuncia contra LATINA por la presunta comisión de conductas anticompetitivas y desleales. Al mismo tiempo, solicitó dictar una medida cautelar a efectos de que las empresas que integran su asociación puedan seguir retransmitiendo la señal de LATINA, debido a que

esta última había resuelto unilateralmente los contratos con sus asociadas, mientras que mantenía exclusividades con otros operadores de cable ajenos a la APTC.

2. Mediante Resolución N° 034-2018-CCP/OSIPTEL del 14 de junio de 2018, el CCP ordenó a LATINA una medida cautelar de oficio a fin de que habilite la retransmisión del contenido de su señal a las empresas operadoras de televisión de paga a las que resolvió unilateralmente los contratos que les permitía la retransmisión de su señal, disponiendo que los beneficiarios cumplan con todas las condiciones económicas establecidas en los citados contratos.
3. Mediante Resolución N° 013-2018-TSC/OSIPTEL del 4 de setiembre de 2018, este Tribunal revocó la medida cautelar concedida por el CCP, disponiendo su levantamiento, luego de advertirse que no concurría el requisito de verosimilitud exigible para tal efecto.
4. Mediante escrito del 26 de junio de 2019, la APTC presentó una nueva solicitud de otorgamiento de medida cautelar a efectos de que LATINA habilite técnica y legalmente la retransmisión del contenido de su señal a las empresas de televisión de paga, miembros de la APTC, a las que resolvió unilateralmente los respectivos contratos.
5. Mediante Resolución Impugnada, el CCP concedió la medida cautelar solicitada por la APTC y ordenó que LATINA habilite legal y técnicamente la retransmisión del contenido de su señal a las empresas operadoras de televisión de paga a las que resolvió los respectivos contratos que les permitían la retransmisión de su señal y que venían cumpliendo con sus obligaciones de pago a la fecha de la resolución de dichos contratos.
6. La medida cautelar dictada por el CCP se sustentó en los siguientes fundamentos:

Sobre el requisito de verosimilitud del derecho invocado

- (i) Para la definición del mercado relevante, se parte del producto específico respecto del cual se presenta la problemática, la cual, en este caso, está consiste en la posibilidad de acceder a la señal de LATINA, al constituir un insumo para el diseño de la oferta comercial de los operadores de televisión de paga que integran la APTC.
- (ii) La programación de LATINA no es replicable por otro canal, puesto que su contenido es único. Las posibles excepciones a esta afirmación serían los programas de noticieros; sin embargo, en este tipo de programas, los televidentes pueden tener cierta simpatía por los presentadores. Por ello, puede considerarse que existe una importante diferenciación del contenido que reduce la sustitución de canales para los operadores de televisión de paga.
- (iii) Debe destacarse que, entre los años 2016 y 2017, LATINA cambió el esquema de autorización para la retransmisión de su señal, pasando a un esquema de pagos periódicos, superiores a los que exigen otros canales de señal abierta. Pese a ello, los operadores de televisión de paga accedieron a pagar la contraprestación establecida, a fin de seguir contando con este insumo para su programación. Sin este insumo los

operadores no podrían generar una oferta igualmente atractiva para sus clientes.

- (iv) Los principales canales de señal abierta no se sustituyen entre sí, sino que se complementan, constituyendo en su conjunto una parte fundamental de la oferta de contenidos de los operadores de televisión de paga y, en consecuencia, un insumo sin el cual no podrían generar una oferta igualmente atractiva para sus clientes. En ese sentido, la señal de LATINA no puede ser sustituida por otras señales, por lo que el mercado relevante sería el mercado de los derechos de retransmisión de la señal de LATINA a empresas operadoras de televisión de paga a nivel nacional.
- (v) LATINA tiene posición de dominio en el referido mercado relevante, no solo porque es el único que puede autorizar la retransmisión de su señal, sino que, además de sus programas propios, cuenta con derechos para transmitir contenidos deportivos exclusivos, como el Mundial de la FIFA Rusia 2018, el Clasificatorio al Mundial de la FIFA Qatar 2022, los partidos amistosos de la selección peruana de fútbol, los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos Lima 2019 y el Mundial de la FIFA Qatar 2022.
- (vi) Existen barreras de entrada, legales y naturales, para obtener la autorización para transmitir una señal de televisión a través de ondas electromagnéticas, dado que se requiere seguir un procedimiento ante el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (en adelante, MTC) y obtener una asignación de espectro radioeléctrico. Asimismo, existen barreras económicas, debido al alto costo de despliegue de infraestructura necesaria y a las inversiones que requiere el desarrollo de contenidos tan relevantes como los de LATINA.

Sobre el requisito de peligro en la demora

- (vii) Es probable que el presente procedimiento se extienda por un periodo considerable, considerando que los procedimientos en materia de libre competencia constan de dos instancias con plazos extensos, debido a la complejidad de la materia. En ese sentido, la duración misma del procedimiento puede hacer ineficaz el pronunciamiento final.
- (viii) La salida de LATINA de la parrilla de canales de diversas operadoras de televisión de paga coloca en desventaja a estas operadoras que compiten con DIRECTV en el mercado de televisión de paga, debido a que LATINA es un canal relevante en su oferta.
- (ix) Existirían incentivos para que los abonados de las empresas integrantes de la APTC migren a DIRECTV e incentivos para que no vuelvan a contratar con aquellas, dado que DIRECTV sí cuenta con la señal de LATINA y cobra un precio similar que dichas operadoras. En ese sentido, la salida de LATINA de la parrilla de estas empresas podría tener efectos irremediables, que no responderían a eficiencias propias de DIRECTV, sino a la presunta actuación en conjunto con LATINA.

Sobre el requisito de razonabilidad

- (x) La habilitación de la retransmisión del contenido de la señal de LATINA a las empresas miembros de la APTC, con las que tenía contrato vigente, es el único medio idóneo para garantizar la pretensión principal de esta última, pues esperar la finalización del procedimiento podría generar daños irreparables.
 - (xi) No existe otro medio legal, además de la autorización de LATINA, para que los miembros de la APTC puedan retransmitir el contenido de su señal, por lo que resulta razonable que se otorgue tutela cautelar.
 - (xii) A efectos de que no exista afectación económica para LATINA, los beneficiarios de la medida cautelar deben cumplir con todas las condiciones económicas establecidas en los contratos que fueron resueltos unilateralmente por LATINA.
7. Mediante escrito del 17 de julio de 2019, LATINA presentó una solicitud de aclaración de la Resolución Impugnada, por considerar que no se especificaba: (i) las empresas de televisión por cable que serían las beneficiarias de la medida cautelar, (ii) el marco temporal de la resolución de los contratos al cual se dirige la tutela otorgada; y, (iii) si esta incluye la retransmisión de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos 2019.
8. Mediante Resolución N° 032-2019-CCP/OSIPTEL del 17 de julio de 2019, el CCP declaró fundada la solicitud de LATINA, aclarando la Resolución Impugnada en los siguientes términos:
- (i) Las empresas operadoras de televisión de paga destinatarias de la medida cautelar ordenada por el CCP son todas aquellas empresas a las que LATINA les resolvió los contratos unilateralmente en el año 2018.
 - (ii) LATINA debe permitir a las empresas de cable amparadas por la medida cautelar la transmisión de su señal de igual forma que lo hace en su relación con todas las empresas de televisión de paga a nivel nacional, sin que ello signifique que incumpla las obligaciones contraídas en el Contrato firmado con el Proyecto Especial para la Preparación y Desarrollo de los XVIII Juegos Panamericanos del 2019 (en adelante Contrato de Proyecto Especial), o cualquier otro contrato de similar naturaleza.
9. Con fecha 19 de julio de 2019, LATINA interpuso recurso de apelación contra la Resolución Impugnada, solicitando que sea revocada. La impugnación se sustentó en los siguientes argumentos:

Sobre la cuestión previa

- (i) En la Resolución Impugnada, no se ha considerado que el presente procedimiento se origina por la denuncia de la APTC en representación única de dieciséis (16) empresas de televisión de paga, y no de sus sesenta y cuatro (64) empresas asociadas. Asimismo, entre las dieciséis (16) empresas cuyos intereses se buscan respaldar y las empresas listadas en la solicitud cautelar concedida por la Resolución Impugnada, solo coinciden seis (6). Por tanto, existe una incongruencia manifiesta entre la tutela solicitada por la APTC para las dieciséis (16) empresas presuntamente afectadas y la medida cautelar otorgada, que no incluye a

todas las empresas presuntamente afectadas e incluye a empresas adicionales que no cuentan con legitimidad para obrar, en tanto no forman parte de la denuncia. Lo anterior implica un vicio de motivación contenido en la Resolución Impugnada.

- (ii) Si la medida cautelar incluye la retransmisión de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos Lima 2019, el CCP estaría obligando a LATINA a incumplir el Contrato de Proyecto Especial y, en consecuencia, a infringir la normativa de derechos de autor, pues la autorizada con la que cuenta para transmitir dicho contenido es mediante señal abierta y no a través de televisión por cable.
- (iii) La medida cautelar resulta discriminatoria, pues otorga a un grupo de empresas de televisión por cable un derecho que no tenían antes de la resolución unilateral de sus contratos, es decir, el derecho para retransmitir contenidos que hayan sido licenciados exclusivamente para ser transmitidos por señal abierta, otorgándoles, de esta forma, una ventaja competitiva indebida frente a otras empresas de televisión por cable.

Sobre el requisito de verosimilitud del derecho invocado

- (iv) No se analiza a profundidad la supuesta posición de dominio de LATINA ni se evalúan otros factores relevantes en la determinación de la posición de dominio de un agente en el mercado relevante, a fin de sustentar la existencia de verosimilitud.
- (v) Los canales abiertos de alcance nacional desarrollan y transmiten contenidos similares entre ellos. Al respecto, existen estudios de mercado que indican que los televidentes sustituyen programas de LATINA con los programas de otros canales de televisión abierta de alcance nacional. Se ha determinado que el 38% de los programas emitidos en canales de señal abierta se “cambian” y el 44% de programas de LATINA fueron cambiados o sustituidos por los televidentes. Por tanto, puede concluirse que todos los canales de señal abierta de alcance nacional son sustituibles entre sí. En ese sentido, el mercado producto abarca, por lo menos, los derechos de retransmisión del contenido de LATINA y otros canales de televisión abierta de alcance nacional a través de operadores de televisión de paga.
- (vi) Existe un grado de sustitución alto entre las plataformas abierta y cerrada en zonas de alta cobertura, puesto que el usuario conectado al servicio de cable interesado en sintonizar un canal de señal abierta, que no se encuentra en la parrilla de canales de su proveedor del servicio de cable, puede hacerlo mediante la remoción temporal del cable coaxial de su televisor. Por ello, en una zona con cobertura, el mercado relevante será la transmisión del contenido de canales de televisión por señal abierta y por televisión de paga; mientras que, en una zona sin cobertura, el mercado relevante será la transmisión del contenido de canales de televisión abierta por medio de operadores de televisión de paga.
- (vii) La participación de LATINA representa un 25% de la audiencia de los canales de televisión abierta de alcance nacional, lo cual no supera el umbral del 40% sugerido por la Comisión Europea para determinar la dominancia de una empresa.

- (viii) LATINA opera en un mercado moderadamente concentrado, en el que la demanda es heterogénea y no posee ventaja alguna por el acceso a nuevas tecnologías que le permitan obtener posición de dominio.

Sobre el requisito de peligro en la demora

- (ix) No existe perjuicio inminente e irreparable que puede ser causado por la demora del presente procedimiento. El CCP determinó la inminencia del supuesto perjuicio considerando una encuesta realizada en un departamento que no corresponde siquiera a las localidades que abarca alguna de las dieciséis (16) asociadas de la APTC.
- (x) Respecto a la irreparabilidad del supuesto perjuicio, el CCP concluye que es probable que los clientes de los miembros de la APTC no tengan incentivos para volver a sus parrillas, en tanto sus precios son similares a los de DIRECTV. En este análisis, el CCP asume que las condiciones en el mercado de telecomunicaciones son estáticas y no prevé la posibilidad de que las empresas de televisión de paga puedan modificar sus precios para competir con DIRECTV.
- (xi) El CCP consideró los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos Lima 2019 como un factor para exponer el peligro en la demora; sin embargo, LATINA está autorizada a transmitirlos únicamente en señal abierta y no a través de televisión por cable, por lo cual no puede habilitar a las asociadas de la APTC a retransmitir dicho contenido.

Sobre el requisito de razonabilidad

- (xii) El CCP ha omitido explicar por qué la medida cautelar resulta razonable, al no pronunciarse sobre idoneidad ni la inexistencia de un medio menos gravoso para resguardar la pretensión de las asociadas de APTC.
10. Mediante escrito del 31 de julio de 2019, LATINA presentó un nuevo recurso de apelación reproduciendo los argumentos expuestos contra la Resolución Impugnada y señalando que la Resolución Aclaratoria habría modificado contenido de la medida cautelar, dado que esta se pronunció sobre aspectos sustanciales, que había omitido la Resolución Impugnada, como las empresas de televisión por cable a las que se debía restablecer su señal y si la medida incluía o no la transmisión de los Juegos Panamericanos y Parapanamericanos Lima 2019.
 11. Mediante escrito del 2 de setiembre de 2019, la APTC solicitó la nulidad de la Resolución Aclaratoria y, a su vez, solicitó que los efectos de la medida cautelar sean extendidos a todas las empresas afectadas por la negativa injustificada de trato de LATINA. La referida solicitud se sustentó en los siguientes argumentos:
 - (i) La medida cautelar se extiende a todas las empresas operadoras de televisión de paga, cuyos contratos fueron resueltos de manera unilateral por LATINA. Ni en la motivación ni en la decisión cautelar se limita temporalmente a los beneficiarios de la medida cautelar. Por lo tanto, no existe ningún concepto oscuro o dudoso que aclarar.

- (i) La Resolución Aclaratoria restringe los efectos y el ámbito de empresas beneficiarias con la medida cautelar. Limitar los alcances de la medida cautelar únicamente a las empresas afectadas durante el año 2018, excluyendo a las demás, afecta el contenido esencial de la decisión.
 - (ii) La Resolución Aclaratoria vulnera el derecho a la debida motivación, pues no desarrolla como premisa cuál sería el concepto oscuro o dudoso que requiere aclaración, no justifica la subsunción del texto como uno que sea interpretado de múltiples formas o contradictoriamente, ni justifica por qué los efectos de la medida cautelar deberían limitarse a las empresas afectadas en el año 2018.
 - (iii) La Resolución Aclaratoria adolece de vicio de nulidad, puesto que fue emitida sin que la solicitud de aclaración de LATINA hubiera sido trasladada a la APTC, por lo que se vio impedida de ejercer su derecho de defensa de manera oportuna.
12. Mediante escrito del 5 de setiembre de 2019, DIRECTV absolvió los recursos de apelación interpuestos por LATINA contra la Resolución Impugnada y la Resolución Aclaratoria, exponiendo los siguientes argumentos:
- (i) DIRECTV no se opone al mandato contenido en la medida cautelar, debido a que no tiene ningún derecho ni injerencia sobre la decisión de LATINA de resolver o no sus contratos, o de autorizar o no la retransmisión de su señal. Sin embargo, cuestiona el sustento utilizado por el CCP en la Resolución Impugnada, que aluden a DIRECTV y sus contenidos televisivos, sobre los que no tiene titularidad.
 - (ii) El CCP debió incluir en su razonamiento que DIRECTV no tiene los derechos televisivos para transmitir todos los eventos deportivos importantes que motivan el dictado de la medida cautelar, pues estos le pertenecen a LATINA y a Telefónica del Perú S.A.A.
 - (iii) Resulta injustificado y contrario al principio de causalidad que se mantenga a DIRECTV como imputada en este procedimiento, sin contar con prueba o indicio real en su contra respecto de decisiones que solo corresponden a LATINA.
 - (iv) No es cierto que los abonados de las asociadas de la APTC migrarían a DIRECTV y que no tendrían incentivos para retornar, dado que los contratos que celebran no cuentan con ningún plazo mínimo de contratación, no existen altos costos de cambio de un servicio prepago, los precios del Kit Prepago que ofrece DIRECTV son superiores a los que ofrecen la mayoría de los miembros de la APTC y no existe evidencia de que los clientes de dichas operadoras hubieran migrado a DIRECTV.
13. El 11 de octubre de 2019 se desarrolló la audiencia de informe oral con la participación de las partes.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

14. De acuerdo de los alcances del recurso de apelación, este colegiado considera que la cuestión en discusión en el presente caso consiste en determinar si

concurrer los requisitos para el dictado de la medida cautelar ordenada por el CCP.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1 Requisitos para el dictado de una medida cautelar

15. El artículo 37 del Reglamento General del Osiptel para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución N° 0136-2011-CD-OSIPTEL, reconoce la competencia para dictar medidas cautelares en cualquier etapa del procedimiento administrativo sancionador¹. La referida atribución se encuentra alineada a la competencia de los órganos del Osiptel para el dictado de este tipo de medidas².
16. Asimismo, es pertinente señalar que el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Supremo N° 030-2019-PCM (en adelante, el TUO de la Ley de Competencia), que regula de manera transversal la actividad de control de las conductas que contravienen la libre competencia, reconoce la posibilidad de dictar medidas cautelares antes o en cualquier etapa de la tramitación del procedimiento³. Esta norma resulta plenamente aplicable por los órganos competentes del Osiptel en la tramitación de procedimientos por la comisión de prácticas anticompetitivas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones⁴.

¹ **RESOLUCIÓN N° 136-2011-CD-OSIPTEL, REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS.**

Artículo 37.- Solicitud de medidas cautelares. En cualquier estado del procedimiento, las instancias de solución de controversias podrán dictar, a solicitud de parte o de oficio, las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del procedimiento o para garantizar el resultado de éste, las cuales se rigen por lo establecido en el artículo 146 y 226 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. El plazo para emitir una medida cautelar no deberá exceder los siete (7) días posteriores a la presentación de la solicitud correspondiente.
(...)

² **LEY N° 27336, LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL OSIPTEL**

Artículo 23.- Medidas específicas

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.
(...)

³ **DECRETO SUPREMO N° 030-2019-PCM, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 23.- Medidas cautelares.-

23.1. Antes de iniciarse el procedimiento sancionador o en cualquier etapa dentro de éste, la Comisión podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido de quien haya presentado una denuncia de parte o de tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final.
(...)
(Énfasis añadido)

⁴ **DECRETO SUPREMO N° 030-2019-PCM, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 17.- Del OSIPTEL.-

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

17. El ejercicio de la tutela cautelar exige observar de manera supletoria lo dispuesto en el artículo 611 del Código Procesal Civil, conforme al cual el dictado de una medida cautelar presupone la existencia de verosimilitud, peligro en la demora y razonabilidad de la medida adoptada para garantizar la eficacia de la pretensión⁵.
18. La evaluación del requisito de verosimilitud para el dictado de una medida cautelar se encuentra relacionada con la explicación que proporciona la literatura procesal civil, teniendo en cuenta que una de las fuentes a las que se acude para comprender sus fundamentos es el Código Procesal Civil. Así, se explica que el análisis de la verosimilitud del derecho invocado implica la determinación de una probabilidad razonable de la existencia de dicho derecho y no la certeza del mismo⁶. En tal sentido, para otorgar una medida cautelar se requiere demostrar, de manera razonable, que la pretensión pueda ser declarada fundada al término del proceso, sin necesidad de que se cuente con plena certeza ni se realice un análisis exhaustivo sobre ella.
19. Esta explicación debe ser traducida para su correcta aplicación en el marco de la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador. En este caso, la denominada medida cautelar supone una decisión que impone un gravamen sobre el administrado que tiene la condición de imputado. A diferencia de lo que ocurre en un proceso de naturaleza civil o de un procedimiento administrativo de emisión de autorización administrativa, en los que se pretende el reconocimiento de un derecho, en la tramitación de un procedimiento sancionador se encuentra en discusión la posible imposición de una sanción administrativa por la comisión de una infracción.
20. En ese sentido, nótese que el dictado de una medida cautelar en el primer caso expuesto tendría, eventualmente, la naturaleza de un acto favorable, mientras

⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL**

Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar

El juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dicta medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

1. La verosimilitud del derecho invocado.
2. La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

La resolución precisa la forma, naturaleza y alcances de la contracautela.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

⁶ Al respecto, BUSTAMANTE ha indicado lo siguiente: "*En cambio, en algunas resoluciones incidentales o instrumentales (como el caso de una medida cautelar) el juzgador no está obligado a tener certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho a probar, bastando una simple probabilidad o verosimilitud para tomar su decisión, en la medida de que exista la posibilidad de que más adelante pueda revocarla o modificarla.*" BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba*. En: MONROY PALACIOS, Juan José. *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Tomo II. Editorial Palestra: Lima, 2005, p. 17.

En el mismo sentido, se señala lo siguiente: "*El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal -que se intenta garantizar- tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia.*" MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*. Civitas: Lima, 2002, p. 170.

Adicionalmente, se afirma que "*se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por la peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado.*" CASSAGNE, Ezequiel. *Las medidas cautelares contra la Administración*. En: CASSAGNE, Juan Carlos. *Tratado Procesal de Derecho Administrativo*. La Ley: Buenos Aires, 2007, p. 268.

que, en el segundo, estaríamos ante un acto de gravamen, al menos temporal, que presupone, para efectos de su dictado, la existencia de un alto grado de convencimiento respecto de la existencia de una infracción administrativa, lo cual hace que su dictado deba ser especialmente riguroso. Por tanto, para que exista verosimilitud en un procedimiento administrativo sancionador, la autoridad debe encontrarse convencida de contar con elementos suficientes para acreditar la apariencia de la comisión de una infracción administrativa⁷.

21. En el caso materia de evaluación, el presupuesto para el dictado de una medida cautelar en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra LATINA y DIRECTV no se encuentra relacionado con la verosimilitud del aludido “derecho invocado”, como sostiene el CCP, ni con el interés particular de las empresas o agentes económicos que presenten una denuncia alegando la existencia de una infracción administrativa, como parece sugerir LATINA, al cuestionar los alcances de la tutela cautelar ordenada por el CCP.
22. En efecto, la tramitación de este tipo de procedimientos no busca tutelar la situación jurídica particular de determinados agentes económicos, sino el proceso competitivo, considerando que el propósito de la represión de conductas anticompetitivas tiene como finalidad promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, tal como lo reconoce el propio TULO de la Ley de Competencia⁸. Por ello, en estos casos, el presupuesto para el dictado de una medida cautelar exige acreditar la verosimilitud de la existencia de la infracción administrativa. En el caso bajo evaluación, esta exigencia se verifica acreditando la verosimilitud de la existencia de una práctica anticompetitiva.
23. Por su parte, el peligro en la demora constituye la amenaza de que una pretensión se torne ineficaz, luego de estimarse a la finalización del proceso⁹. Es pertinente precisar que el peligro al que se hace referencia sea inminente, de tal forma que justifique el dictado de un remedio inmediato. El peligro en la demora en los procedimientos de oficio supone que, de mantenerse durante todo el procedimiento la situación de hecho existente al momento de dictarse la medida cautelar, se generaría un perjuicio irreparable. En el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, la falta de adopción de una medida de este tipo podría afectar la eficacia de la resolución final y, particularmente, el bien jurídico protegido por el TULO de la Ley de Competencia, que es el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado.

⁷ La diferencia que se expone se advierte con mayor claridad cuando se contrasta la naturaleza de una medida cautelar con la de una medida provisional. Si bien el TULO de la Ley de Competencia y el Reglamento de Solución de Controversias se refieren a la facultad que tienen los órganos competentes para adopción de medidas cautelares, destinadas a asegurar la eficacia de la resolución final en la tramitación de procedimientos por la comisión de prácticas anticompetitivas, es necesario precisar que mediante el Decreto Legislativo N° 1272 se introdujo una modificación del artículo 236, que regula la adopción de medidas de carácter provisional, en la que se recalca la pertinencia de su dictado en la tramitación de procedimientos sancionadores, con la finalidad de asegurar la eficacia de la decisión definitiva, precisando que si bien mantiene “puntos de contacto” con las medidas cautelares, propiamente no buscan tutelar derechos ciudadanos, sino hacer viable la labor de la Administración pública.

⁸ **DECRETO SUPREMO N° 030-2019-PCM, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley
La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

⁹ MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima: Comunidad 2002. p. 179.

24. Finalmente, el requisito de razonabilidad se encuentra estrechamente vinculado con la proscripción de la arbitrariedad y con la observancia del principio de proporcionalidad, teniendo por finalidad evitar la adopción de una medida que no se adecúe al propósito que se pretende cautelar.
25. Teniendo en cuenta lo expuesto, para dictar una medida cautelar relacionada con la presunta comisión de prácticas anticompetitivas, se debe verificar la concurrencia de los siguientes requisitos: (i) verosimilitud de la existencia de la práctica anticompetitiva investigada; (ii) peligro en la demora, representado por la inminencia de un perjuicio irreparable, que haga necesaria la adopción de una medida que permita asegurar la eficacia de la resolución final; y, (iii) razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia del pronunciamiento final, preservando el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado.
26. La falta de cualquiera de estos tres (3) requisitos en la evaluación adoptada por una autoridad administrativa es motivo suficiente para no dictar una medida cautelar o para que se deje sin efecto.

3.2 Sobre la medida cautelar dictada por el CCP

27. La Resolución Impugnada ordenó una medida cautelar a fin de que LATINA habilite la retransmisión del contenido de su señal a las empresas operadoras de televisión de paga, a las que de manera unilateral les resolvió los contratos que les permitían la retransmisión de esta. Esta decisión fue adoptada en el marco de la tramitación del procedimiento sancionador que se sigue contra esta empresa y contra DIRECTV, por la presunta comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar.
28. LATINA ha cuestionado que en el presente caso concurren los requisitos de verosimilitud, peligro en la demora y razonabilidad, resaltando que estos tres elementos deben ser acreditados de manera simultánea para el dictado de la medida cautelar.
29. Conforme al TUO de la Ley de Competencia¹⁰, la configuración de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada a injustificada requiere la comprobación de los siguientes elementos:

¹⁰ **DECRETO SUPREMO N° 030-2019-PCM, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 9.- Prohibición relativa

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

(...)

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

(...)

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

- (i) La actuación de agentes económicos en planos distintos de la cadena de comercialización.
 - (ii) La existencia de posición de dominio de al menos uno de los agentes;
 - (iii) La verificación de la práctica a través de alguna de las modalidades que se encuentran listadas en la norma (para efectos del presente caso, la negativa concertada e injustificada a contratar);
 - (iv) La evaluación de la existencia de efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
30. En un pronunciamiento anterior, vinculado a la misma materia que es objeto de análisis en el presente caso, este Tribunal indicó que la concurrencia del requisito de verosimilitud se acreditaba mediante indicios sólidos respecto a la existencia de la práctica anticompetitiva. Asimismo, se precisó que para el dictado de una medida cautelar se debía considerar la existencia de elementos que permitan evidenciar a nivel de verosimilitud la concurrencia de la conducta anticompetitiva desarrollada de manera conjunta por LATINA y DIRECTV¹¹.
31. A juicio de este Tribunal, el grado de conocimiento de la existencia de una práctica colusoria vertical puede variar durante la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador. Así, aunque el TUO de la Ley de Competencia considera que, si bien el inicio de un procedimiento de esta naturaleza puede activarse con la presencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva, el dictado de una medida cautelar exige un mayor grado de evidencia de la infracción, dado que representa la apariencia de la infracción atribuible a los imputados.
32. Es cierto que el nivel de certeza únicamente puede producirse con la emisión de la resolución final y que, por ello, no podría exigirse este tipo de convicción para el dictado de una medida cautelar; sin embargo, la exigencia de verosimilitud en los procedimientos administrativos sancionadores no puede equipararse con el requisito mínimo que es indispensable para disponer su inicio.
33. La complejidad de la configuración de todos los elementos que integran una práctica anticompetitiva hace que la tarea para determinar su existencia sea difícil; sin embargo, este hecho no enerva en modo alguno la necesidad de observar la concurrencia de los referidos elementos a nivel de verosimilitud en caso se pretenda ordenar una medida cautelar, teniendo en cuenta que este constituye un acto de gravamen que, en el presente caso, requiere a LATINA el cumplimiento de una obligación que consiste en habilitar técnica y legalmente su señal a determinados agentes del mercado de televisión de paga.

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.
(Énfasis añadido)

¹¹ Ver el fundamento 66 de la Resolución N° 013-018-TSC/OSIPEL del 4 de setiembre de 2018:

"66. La concurrencia del requisito de verosimilitud en el presente caso se podría acreditar mediante indicios sólidos que permitan advertir la apariencia de la existencia de la práctica colusoria vertical. Ello supone que el sustento de la medida cautelar debió considerar la existencia de elementos que permitan evidenciar a nivel de verosimilitud la concurrencia de una conducta realizada entre LATINA y DIRECTV, en su calidad de agentes económicos que actúan en diferentes niveles de la cadena de producción, y que uno de ellos tenga posición de dominio en el mercado relevante."
(Énfasis añadido)

34. En otros términos, la verificación del cumplimiento de verosimilitud de una práctica colusoria vertical, como la que se atribuye a LATINA y DIRECTV, amerita contar con el sustento que evidencie la apariencia de cada uno de sus elementos. Por ello, el dictado de una medida cautelar no puede encontrarse expuesto a una apreciación parcial sobre los elementos exigibles para la configuración de una práctica colusoria.
35. A modo de ejemplo, adviértase que el dictado de una medida cautelar sustentada únicamente en la constatación de la posición de dominio, que es uno de los elementos que configura la práctica anticompetitiva que se imputa a LATINA y a DIRECTV, no reflejaría la apariencia de la existencia de la infracción administrativa, toda vez que ostentar una posición de dominio en un determinado mercado no configura un hecho ilícito por sí mismo. El hecho ilícito se concreta únicamente si se verifica que quien ostenta esta posición efectúa un abuso de ella, de manera individual (abuso de posición de dominio) o de manera concertada (práctica colusoria vertical).
36. En tal sentido, para verificar si concurre el requisito de verosimilitud en el presente caso, es necesario que la autoridad cuente con el sustento que permita corroborar que los cuatro (4) elementos configuradores de la práctica colusoria vertical atribuida a LATINA y DIRECTV, que han sido listados previamente, concurren efectivamente en este grado de conocimiento. Por tanto, para el dictado de una medida cautelar en el presente caso, no basta con la apariencia de la existencia de uno de los elementos que configuran la práctica colusoria vertical que se le imputa a los agentes mencionados, sino es necesario que esta apariencia se verifique respecto de cada uno de ellos.
37. Considerando lo indicado, en atención a la impugnación de LATINA, que cuestiona los fundamentos expuestos por el CCP para el dictado de la medida cautelar, corresponde evaluar los alcances del sustento de la Resolución Impugnada. Para tal efecto, resulta pertinente precisar que los hechos o actuaciones desarrollados con posterioridad a la emisión de esta decisión, no forman parte de la presente evaluación, en la medida que el objeto de los cuestionamientos de LATINA y de DIRECTV se circunscriben a la decisión que sustenta el dictado de la medida cautelar.
38. Al respecto, se ha podido verificar que la evaluación realizada por el CCP, respecto del cumplimiento del requisito de verosimilitud para el dictado de la medida cautelar que se cuestiona, fue expuesta en la Resolución Impugnada entre los fundamentos 6 al 17. En ellos se explica que el mercado relevante se encuentra constituido por *"el mercado de los derechos de retransmisión de su señal a empresas operadoras de televisión de paga a nivel nacional"* y que LATINA ostentaría posición de dominio en este. La conclusión de esta evaluación se halla en fundamento 18, en el que el CCP señala que existirían elementos suficientes que apreciar la *"verosimilitud del derecho invocado"*.
39. Sin embargo, de la revisión de los referidos fundamentos, no se advierte el examen de los demás elementos que permitirían configurar la práctica colusoria vertical que se atribuye a LATINA y a DIRECTV. Si bien el CCP ha determinado que existe apariencia de la posición de dominio de LATINA en el mercado relevante definido, no se verifica en la Resolución Impugnada que se haya hecho el mismo análisis respecto de la existencia de los demás elementos que

permitirían configurar los elementos típicos de la práctica anticompetitiva atribuida a los imputados.

40. Efectivamente, este Tribunal advierte que no existe exposición suficiente en la Resolución Impugnada con relación a la negativa concertada e injustificada a contratar, que permita verificar la concurrencia de los elementos que configurarían el acuerdo o la práctica concertada que habría sido desarrollada por LATINA y DIRECTV, con el propósito de negar injustificadamente el acceso de la señal de la primera a un grupo de empresas de televisión de cable, agrupadas en la APTC.
41. La única referencia respecto a este tema se encuentra contenida en el fundamento 6 de la Resolución Impugnada, en el que se afirma que existirían “elementos de juicio suficientes” para considerar que LATINA decidió resolver los contratos con diversos operadores de cable en el marco de las negociaciones para la suscripción del acuerdo con DIRECTV para la retransmisión de todos los partidos de la Copa Mundial FIFA Rusia 2018; sin embargo, no existe explicación o evidencia que dote de apariencia de veracidad a esta afirmación.
42. La omisión de los hechos que evidencien la existencia del acuerdo colusorio que se atribuye a LATINA y DIRECTV lleva a concluir que no se ha completado la configuración de la práctica colusoria vertical a nivel de verosimilitud, por lo que el dictado de la medida cautelar carece de un requisito exigible para que este Tribunal disponga su preservación.
43. La Resolución Impugnada contiene una evaluación sobre la posición de dominio de LATINA, pero debe tenerse en cuenta que la práctica anticompetitiva que sustenta el dictado de la medida cautelar en el presente caso no está referida a una conducta anticompetitiva unilateral de esta empresa, sino al alegado despliegue concertado del comportamiento de LATINA y de DIRECTV, con la finalidad de excluir del mercado a empresas que compiten en el mercado de televisión por cable. Por ello, si bien es relevante determinar la apariencia de la posición de dominio en uno de los planos de comercialización que se investiga, este hecho, por sí mismo, no constituye motivo suficiente para justificar el dictado de una medida cautelar.
44. De igual forma, los citados fundamentos tampoco dan cuenta de la evaluación realizada sobre los efectos negativos que la conducta atribuida a LATINA y DIRECTV generaría en el proceso competitivo y en el bienestar de los consumidores. Con relación a este aspecto, se advierte que, en la evaluación del peligro en la demora, existen referencias a los efectos que la resolución de los contratos para la retransmisión de la señal de LATINA podría causar a los agentes económicos que compiten con DIRECTV en el mercado de televisión de paga; sin embargo, esta es una explicación de naturaleza distinta a la que resulta indispensable para verificar la concurrencia del requisito de verosimilitud en el caso bajo análisis, dado que su propósito está orientado a mostrar el riesgo de mantener los alegados efectos anticompetitivos que se podrían estar presentando en el mercado mientras dura la tramitación del procedimiento.
45. Con relación a este último aspecto, adviértase que los efectos exclusorios que se producen en los mercados no solo pueden provenir de comportamientos anticompetitivos, sino también pueden ser el resultado natural de la dinámica propia del proceso competitivo en el mercado. En ese sentido, la exposición

efectuado en el rubro referido al peligro en la demora, respecto de los efectos que podría causar la conducta atribuida a LATINA y a DIRECTV, no sustituyen la evaluación que permitiría acreditar si a nivel de verosimilitud se configura la restricción vertical que se imputa a ambas empresas.

46. Adicionalmente, es necesario considerar que en el fundamento 6 de la Resolución Impugnada, el CCP precisó que la evaluación de la verosimilitud se encontraría sustentada en la Resolución N° 063-2018-CCP/OSIPTTEL del 28 de noviembre de 2018. En este pronunciamiento, el CCP evaluó una anterior solicitud de medida cautelar formulada por APTC, denegándola por considerar que no se advertía el requisito de peligro en la demora, aunque concluyó que sí concurría el requisito de verosimilitud.
47. Luego de efectuar la revisión de los fundamentos expuestos en la referida Resolución N° 063-2018-CCP/OSIPTTEL, se puede verificar que, en el acápite de análisis de verosimilitud, se efectúa un examen destinado a delimitar el mercado relevante y a exponer el sustento por el cual este debía ser definido como el mercado de los derechos de retransmisión de la señal de LATINA a empresas operadoras de televisión por cable (fundamento 17 a 61) y se concluye afirmando que LATINA mantendría posición de dominio en este mercado (fundamento 62 a 68). No obstante, en este pronunciamiento tampoco se sustentan los elementos configuradores de la restricción vertical imputada a LATINA y a DIRECTV, que en el presente caso no fueron abordados, es decir, la apariencia de la concertación entre ambas empresas y los efectos anticompetitivos que esta conducta generaría en el mercado.
48. Adicionalmente, es pertinente señalar que tampoco se ha podido verificar la concurrencia del requisito de peligro en la demora, toda vez que la Resolución Impugnada no contiene el sustento que permita corroborar la supuesta migración de abonados de las empresas de televisión de paga hacia DIRECTV, pese a que, de acuerdo a la hipótesis colusoria, la práctica anticompetitiva imputada vendría ocurriendo desde el 2018, lo que implica que, para el dictado de la medida cautelar, estos hechos podrían ser observables. Es decir, en este estado del procedimiento, para la evaluación de la concurrencia del peligro en la demora el CCP podía encontrarse en posibilidad de verificar la existencia de una relación causal directa entre la pérdida de clientes de las empresas afectadas, de un lado, y la ganancia ilícita obtenida por DIRECTV, del otro.
49. En otros términos, en esta instancia del procedimiento seguido contra LATINA y DIRECTV no solo bastaba advertir el peligro en la demora a nivel de alta probabilidad de ocurrencia, sino que, asumiendo la apariencia de la práctica anticompetitiva, era posible corroborar su existencia con el acaecimiento efectivo de la afectación al proceso competitivo, toda vez que el periodo de la comisión de práctica anticompetitiva atribuida a estas empresas es previo al dictado de la medida cautelar. No obstante ello, este análisis no se encuentra contenido en la Resolución Impugnada.
50. Por otro lado, respecto a la evaluación del requisito de razonabilidad de la medida cautelar, resulta necesario señalar que no es posible efectuar este análisis, en tanto se encuentra sujeto a la existencia de claridad sobre la verosimilitud de la práctica investigada y el correspondiente peligro en la demora. A partir de la concurrencia de ambos requisitos, es posible evaluar si la medida adoptada por la autoridad es razonable para preservar el funcionamiento del

proceso competitivo del mercado. Dicho de otro modo, si no hay apariencia de la comisión de la práctica anticompetitiva y de sus efectos adversos por la extensión de la duración del procedimiento, no puede evaluarse si la medida es razonable o no.

51. En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto, este Tribunal considera que no se advierte la concurrencia de los requisitos necesarios para el dictado de la medida cautelar ordenada por el CCP. Siendo así, carece de objeto efectuar la evaluación de los argumentos expuestos por LATINA contra la Resolución Aclaratoria y, de igual forma, carece de objeto evaluar la solicitud de nulidad de la Resolución Aclaratoria, dado que su formulación tiene el propósito de mantener los efectos de la medida cautelar.
52. Por los fundamentos expuestos, corresponde revocar la Resolución Impugnada y, en consecuencia, dejar sin efecto la Resolución Aclaratoria, disponiendo el levantamiento de la medida cautelar ordenada por el CCP.

HA RESUELTO:

REVOCAR la Resolución N° 028-2019-CCP/OSIPTEL del 5 de julio de 2019 y, en consecuencia, DEJAR SIN EFECTO la Resolución N° 032-2019-CCP/OSIPTEL del 17 de julio de 2019, emitidas por el Cuerpo Colegiado Permanente, disponiendo el levantamiento de la medida cautelar ordenada contra Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con el voto favorable de los señores vocales: Eduardo Robert Melgar Córdova, Alejandro Martín Moscol Salinas y Armando Luis Augusto Cáceres Valderrama. Con la abstención de la señora María Tessy Torres Sánchez.



EDUARDO ROBERT MELGAR CÓRDOVA
Presidente